

Der Plan.

Verlässlich, vorbehaltlos, unwiderruflich

Der Arbeitsvertrag begründet ein Dauerschuldverhältnis. Dabei bestimmt der Arbeitgeber immer wieder neu, wann wir wo und was arbeiten sollen. Die Gewerbeordnung zieht in GewO § 106 diesem Direktionsrecht Grenzen. Sie zählt auf: den Vertragsinhalt, die Arbeitsschutzgesetze, die Mitbestimmung und das billige Ermessen bei der Leistungsbestimmung:

Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind³⁵.

Das billige Ermessen wird in BGB § 315 allgemein und für alle Schuldverhältnisse ausführlicher geregelt. Die Anordnung kann so nicht an eine Bedingung geknüpft oder gar durch einen Vorbehalt eingeschränkt werden, etwa: ›Änderungen vorbehalten‹ oder ›wenn nichts Unvorhergesehenes dazwischenkommt‹.³⁶

Die ›grundsätzliche Bedingungsfeindlichkeit einer Leistungsbestimmung nach § 315 BGB [führt] nicht unabhängig vom Charakter der Erklärung dazu, dass lediglich die Bedingung entfällt und die Leistungsbestimmung damit vorliegt. Ergibt vielmehr die Auslegung der Erklärung, dass es an einem Rechtsbindungswillen fehlt, so liegt keine Leistungsbestimmung im gesetzlichen Sinn vor‹.³⁷

Die Beschäftigten tragen ihre Wünsche vor, damit der Arbeitgeber sie berücksichtigen kann. Nachträgliche Wünsche brauchen nicht erneut berücksichtigt zu werden. Dies gilt für die Lebensplanung der Beschäftigten und ebenso umgekehrt für den Arbeitgeber. ›Deshalb kann bei der vorzunehmenden Abwägung nur auf die Interessenlage der Parteien im Zeitpunkt der Ausübung des Direktionsrechts und nicht auf die tatsächliche nachträgliche Entwicklung abgestellt werden‹.³⁸

Die frühzeitige Ankündigung der Arbeitszeit soll sicherstellen, dass die Beschäftigten sich bei der Lebensplanung auf den Einsatz vorbereiten können. Die Frist gibt den Beschäftigten erforderliche Zeit, sich von familiären Aufsichtspflichten freizumachen,

35 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteilsbegründung 11.10.1995 – 5 AZR 802/94

36 Anderer Auffassung: Andreas Busemann, Das ›billige Ermessen‹ des § 106 Satz 1 GewO und die Rechtsfolge der unbilligen Weisung des Arbeitgebers, ZTR Heft 2/2015

37 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 12.10.2011 – 10 AZR 746/10 Rn 44

38 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 07.12.2000 – 6 AZR 444/99



›Der Bücherwurm‹,
Carl Spitzweg, um 1850

ihre Arbeitsfähigkeit nüchtern und ausgeruht sicherzustellen und den Arbeitsweg zu bewältigen.

Darum gilt das einseitige Leistungsbestimmungsrecht als grundsätzlich unwiderruflich.³⁹ Zudem geriete eine ändernde Anordnung von Arbeitszeiten in Konflikt mit den gesicherten Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeitszeit⁴⁰. Hier empfiehlt die DGAUM in ihren Leitlinien 2006:

Ganz entscheidende Bedeutung hat die Planbarkeit des sozialen und familiären Lebens, deshalb sollten Schichtpläne so früh wie möglich bekannt sein und nach Möglichkeit unter Mitwirkung der Betroffenen erarbeitet werden. Diese Schichtpläne sind dann einzuhalten und nicht kurzfristig zu verändern, um die Verlässlichkeit und Planbarkeit des familiären und sozialen Lebens sowie der sozialen Teilhabe zu gewährleisten.

39 Prof. Heinrich in Prof. H.W. Palandt u.a.: Bürgerliches Gesetzbuch, Beck Verlag, zu § 315, Rn 11; ebenso Prof. Dr. W. Krüger, Vors. Richter am BGH, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil §§ 241–432 B, 6. Aufl. 2012, zu § 315, Rn 33

40 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) § 6 Abs. 1

Hat der sorgfältige Betriebsrat die konkreten Pläne mitbestimmt, sie also in den Status einer Betriebsvereinbarung oder wenigstens einer Regelungsabrede gehoben, dann sichert diese Vereinbarung eine dreimonatige Kündigungsfrist⁴¹.

Steht die Kirche außerhalb des bürgerlichen Rechts?

Anders als die Arbeitsmediziner findet die Mitarbeitervertretungsordnung der katholischen Kirche nichts Schlimmes an unregelmäßigen oder kurzfristigen Anordnungen auch ohne Mitbestimmung. Geht es in einer Einrichtung zu »nach Erfordernissen, die die Einrichtung nicht voraussehen kann«, dann wird die Beteiligung der Mitarbeitervertretung beschnitten auf die Vereinbarung bloßer Grundsätze⁴².

Noch weit schlimmer traf es am 14. Februar 2011 die Kolleginnen und Kollegen in Bayern. Da fügte die arbeitsrechtliche Kommission der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern in § 16 der AVR-Bayern den folgenden Absatz ein:

(6a) Die Arbeitszeit der einzelnen Dienstnehmer und Dienstnehmerinnen kann in einem Dienstplan festgelegt werden. Dieser ist für den Zeitraum von einem Monat aufzustellen. Der Dienstplan soll spätestens am 15. des Vormonats den Dienstnehmern und Dienstnehmerinnen bekannt gegeben werden. Abweichungen vom Dienstplan sind nur beim Vorliegen dienstlicher bzw. betrieblicher Gründe zulässig. Liegen dienstliche bzw. betriebliche Gründe vor, so kann der Dienstplan vom Dienstgeber geändert werden. Die betroffenen Dienstnehmer und Dienstnehmerinnen sind vor der Änderung zu hören und dann über die Änderung unverzüglich zu informieren.

Diese Kirchenrechtler wähten sich offenbar frei vom bürgerlichen Vertragsrecht. Sie bemäntelten ihre Schandtät mit einer Erklärung. Darin deuten sie die Entrechtung um in einen Schutz der Beschäftigten:

Somit wird sichergestellt, dass niemand eingeplant werden kann, der von seinem Einsatz gemäß dem geänderten Dienstplan keine Kenntnis hat. Der Dienstnehmer bzw. die Dienstnehmerin hat somit nicht die Aufgabe, sich selbst darum zu kümmern, ob Änderungen des Dienstplanes, welche für ihn bzw. sie relevant sind, zwischenzeitlich vom Dienstgeber vorgenommen wurden. Der Dienstgeber

41 MVG § 36 Abs. 5; BetrVG § 77 Abs. 5, MAVO § 38 Abs. 5; LPVG nrw § 70 Abs. 4

42 Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO) § 36 Abs. 3

hat hier die Verpflichtung zur unverzüglichen Information. [...] Um den Arbeitsablauf in der Dienststelle jedoch sicherzustellen, ist eine einseitige Änderung durch den Dienstgeber möglich, soweit er betriebliche und dienstliche Gründe nachweisen kann.

Keine Verharmlosung, keine Nebelkerze biegt diesen Rechtsbruch wieder zurecht. Hin- und hergerissen schwächten die Kirchenrechts-Spezialisten dies zum 01.01.2012 etwas ab: ›Abweichungen vom Dienstplan sind nur beim Vorliegen dienstlicher bzw. betrieblicher Gründe zulässig. Liegen dienstliche bzw. betriebliche Gründe vor, so kann der Dienstplan vom Dienstgeber im Benehmen mit dem betroffenen Dienstnehmer / der betroffenen Dienstnehmerin geändert werden.‹

Freizeitausgleich und Freizeit mit Vorbehalt widerruflich?

In einer Urteilsbegründung zur ›vorbehaltlichen Freistellung und deren Widerruf‹ (siehe Zitat auf Seite 41) lieferten die BAG-Richter reichlich Stoff für Missverständnisse. Achtung: Hier handelte es sich nicht um die Anordnung von Arbeit, sondern um den ›Widerruf‹ einer Freistellung von geplanter Arbeit. Wir erinnern uns an die tarifliche Bestimmung in TVöD § 10 Abs. 5: ›In der Betriebs-/ Dienstvereinbarung sind insbesondere folgende Regelungen zu treffen: [...] d) die Folgen, wenn der Arbeitgeber einen bereits genehmigten Freizeitausgleich kurzfristig widerruft.‹ Andere von Gerichten beurteilte Fälle behandelten Überarbeit über den – im Übrigen unveränderten – Plan hinaus.

Ein Fall wurde jüngst entschieden. Eine Teilzeitangestellte in einem Modegeschäft sollte wegen einer plötzlich anberaumten Schaufensteraktion zu einem kurzfristigen Schichttausch zum Frühdienst genötigt werden. Die Beschäftigte mochte dies nicht einsehen und weigerte sich, diesem Änderungswunsch nachzukommen. Im Zuge des Konfliktes ließ sie sich zu folgender Äußerung hinreißen: ›Wenn Sie es nicht anders wollen, lasse ich mich krankschreiben.‹ Daraufhin kündigte ihr der Arbeitgeber fristlos, hilfsweise fristgemäß.

Das Arbeitsgericht Berlin wies die Kündigung zurück. Doch in der Begründung blitzten für die Übergriffe anderer Arbeitgeber Schlupflöcher auf. Blicke, in einem tatsächlichen Notfall, bei Beachtung einer Ankündigungsfrist ein Änderungsrecht?

1. Hat der Arbeitgeber sein Recht auf Konkretisierung der zeitlichen Lage des Arbeitseinsatzes eines Teilzeitbeschäftigten (§ 106 Satz 1 GewO) per Dienstplan ausgeübt (hier: Einteilung zum Spätdienst), so kann er von seiner diesbezüglichen

Leistungsbestimmung nicht ohne Rücksicht auf dessen Belange wieder einseitig abrücken (hier: Schichttausch zum Frühdienst). Er hat dem Adressaten gegenüber insbesondere eine den Umständen nach angemessene Ankündigungsfrist einzuhalten.

2. Für die Bemessung dieser Frist kann im Grundsatz auf die Regelung des § 12 Abs. 2 TzBfG (vier Tage im Voraus) zurückgegriffen werden. Ist der Adressat hiernach nicht verpflichtet, der geänderten Anordnung des Arbeitgebers Folge zu leisten, so kann dieser die Weigerung auch dann nicht mit fristloser Kündigung beantworten, wenn der Adressat ihm bei Aufrechterhaltung des Änderungswunschs die ›Krankschreibung‹ in Aussicht gestellt hat⁴³.

Ähnlich begründete das Arbeitsgericht Frankfurt/Main⁴⁴ einen Annahmeverzug, jedoch für die Anordnung einer überraschenden Freischicht an einem Sonntag. Die Analogie zum TzBfG § 12 (Arbeit auf Abruf) verblüfft. Hier finden wir zwar die einzige gesetzliche Regelung für eine gerade noch zumutbar kurze Ankündigungsfrist von Arbeitszeit. Doch gerade hier handelt es sich nach herrschender Meinung um eine unwiderrufliche Anordnung.

›Ein einmal geplanter und dem Arbeitnehmer mitgeteilter Einsatz kann nicht mehr rückgängig gemacht werden, da der Arbeitgeber sonst gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstoßen würde‹⁴⁵. Der Widerruf von Freizeitausgleich genügt den Arbeitgebern meist nicht. Sie wollen den angeordneten Plan selbst ändern, also die ›oberste Zeile‹ im Schichtplan. Sie übersehen, dass es da in vielen Betrieben eine weitere Hürde gibt: eine aktive Interessenvertretung.

Ein Schichtplan kann ohne Zustimmung des Betriebsrats nicht durch Direktionsrecht des Arbeitgebers verändert werden. Dem Arbeitnehmer steht für den Fall, dass er mit der Veränderung zu seinen Ungunsten nicht einverstanden ist, Anspruch auf Vergütung für die ausfallenden Schichtstunden zu⁴⁶. Der Betriebsrat hat nach BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber in Abweichung von einem Jahresschichtplan eine oder mehrere Schichten ersatzlos streichen will⁴⁷.

Doch Änderungen sind nur mitzubestimmen, wenn die ursprüngliche Schicht selbst mitbestimmt wurde. Denn die Voraussetzung eines Mitbestimmungsrechtes ist, dass es

43 Arbeitsgericht Berlin 05.10.2012 – 28 Ca 10243/12

44 Arbeitsgericht Urteil 12.10.2005 – 22 Ca 3276/05

45 Zwanziger / Winkelmann in: Teilzeitarbeit – Ein Leitfadens für die Praxis, 2007, Rn. 45 zu Sonderformen der Teilzeitarbeit, zu Arbeit auf Abruf. Ebenso: Ahrendt in: Handkommentar Arbeitsrecht, Däubler u.a., Nomos-Verlag; Arnold in: Teilzeit und Befristungsgesetz, Kommentar, Haufe-Verlag, Meinel, Heyn, Herms in: TzBfG Kommentar, Beck-Verlag

46 Landesarbeitsgericht Niedersachsen Urteil 29.04.2005 – 16 Sa 1330/04

47 Bundesarbeitsgericht (BAG) Beschluss 01.07.2003 – 1 ABR 22 /02

im Betrieb mitbestimmte Arbeitszeitregelungen gibt, die ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats für die Anwendung der Arbeitszeitregelungen auf den Einzelfall vorsehen⁴⁸.

Vorbehaltliche Freistellung und deren Widerruf

Leitsätze:

1. Eine widerrufliche Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht ist nicht geeignet, den Urlaubsanspruch zu erfüllen.
2. Ergibt sich aus einem Arbeitszeitkonto (hier: tarifloser Betrieb mit Betriebsvereinbarung über ›Flexible Arbeitszeit/Gleitzeit‹) ein Freizeitausgleichsanspruch des Arbeitnehmers, so kann der Arbeitgeber diesen auch durch eine widerrufliche Freistellung erfüllen.

(BAG Urteil 19.05.2009 – 9 AZR 433/08)

Aus der Begründung:

Die Erfüllung eines sich aus einem Arbeitszeitkonto ergebenden Freizeitausgleichsanspruchs erfolgt durch Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Pflicht, Arbeitsleistungen zu erbringen (BAG 11. Februar 2009 – 5 AZR 341/08 – Rn. 13). Erklärt der Arbeitgeber die widerrufliche Freistellung, behält er sich vor, den Arbeitnehmer jederzeit an den Arbeitsplatz zurückzuholen. Ein Arbeitnehmer, der widerruflich freigestellt ist, muss regelmäßig mit dem Widerruf rechnen. Eine solche widerrufliche Freistellung ist entgegen der Auffassung der Klägerin geeignet, zu bewirken, dass der Anspruch auf Freizeitausgleich nach § 362 Abs. 1 BGB erlischt (vgl. Senat 19. März 2002 – 9 AZR 16/01 – zu II 2 b bb (3) der Gründe, EzA BGB § 615 Nr. 108).

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist insoweit zwischen Urlaubsanspruch und Anspruch auf Freizeitausgleich zu unterscheiden. Nach dem BUrlG besteht kein Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer, den gewährten Urlaub abzubauen oder zu unterbrechen (Senat 20. Juni 2000 – 9 AZR 405/99 – zu II 2 b aa der Gründe, BAGE 95, 104). Wird demgegenüber zum Abbau eines zugunsten des Arbeitnehmers bestehenden Zeitsaldos Freizeitausgleich gewährt, handelt es sich regelmäßig nur um eine Weisung zur Verteilung der Arbeitszeit iSv. § 106 Satz 1 GewO. Mit der Bestimmung der Zeit der Arbeitsleistung wird zugleich auch die Zeit bestimmt, während derer ein Arbeitnehmer keine Arbeit zu leisten hat. Beide Festlegungen unterliegen deshalb dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 GewO. Das ermöglicht es dem Arbeitgeber, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht im Einzelnen nach Zeit, Art und Ort nach billigem Ermessen iSv. § 315 Abs. 3 BGB zu bestimmen (BAG 23. September 2004 – 6 AZR 567/03 – zu IV

1 der Gründe, BAGE 112, 80). Mit dem Vorbehalt der widerruflichen Freistellung zum Abbau eines Arbeitszeitguthabens weist der Arbeitgeber deshalb nur auf die gesetzliche Regelung hin. Er erklärt, für die Zeit des Freistellungszeitraums nicht auf sein Weisungsrecht nach § 106 Satz 1 GewO zu verzichten und den Arbeitnehmer gegebenenfalls auch im Freistellungszeitraum zur Arbeitsleistung auffordern zu können.

Das ist rechtlich nicht zu beanstanden; denn das Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasst nicht nur die Befugnis, den Arbeitnehmer an bestimmten Tagen von der Arbeit freizustellen, sondern auch das Recht, ihn an bisher ›freien‹ Tagen zur Arbeitsleistung heranzuziehen.

 www.leitlinien.schichtplanfibel.de

Gewerbeordnung

§ 106 Weisungsrecht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. [Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen]

BGB

§ 315 Bestimmung der Leistung durch eine Partei

(1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

(2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.

(3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.